

Articoli e Saggi

Tutele e coordinamento nei procedimenti amministrativi europei delle comunicazioni elettroniche*

Lorenzo Saltari

SOMMARIO: 1. Dalla funzione comunitaria al procedimento influenzato dal diritto europeo. – 2. L'accesso al mercato e l'allocatione delle risorse scarse. – 2.1. Le procedure di “coubicazione” e “condivisione”. – 2.2. Procedimenti nazionali plasmatis dal diritto europeo. – 3. Conformazione europea della regolazione. – 3.1. Il significativo potere di mercato, i mercati rilevanti e la loro analisi. – 4. Il meccanismo di consultazione e di trasparenza. – 5. Il coordinamento attraverso procedure composte. – 5.1. Consolidamento del mercato interno delle comunicazioni elettroniche. – 5.2. Procedura per la coerente applicazione delle misure correttive. – 5.3. Attuazione delle procedure di coordinamento. – 5.4. Supremazia funzionale bilanciata dalla consociazione. – 6. Armonizzazione, convergenza e divergenza. – 6.1. Due direttrici: una vecchia, una nuova. – 6.2. Duplicità strutturale, convergenza funzionale. – 6.3. Rafforzamento della “*rule of law*”, creazione di una “*governance* composita”. – 6.4. Le luci sul “*due proces*”, le ombre sul coordinamento. – 7. Conclusioni.

1. Dalla funzione comunitaria al procedimento influenzato dal diritto europeo.

Sino agli anni Novanta dello scorso secolo, l'ordinamento delle telecomunicazioni¹ presentava estese riserve d'attività concesse a soggetti direttamente o mediamente pubblici. Infatti, per garantire alla collettività questo “servizio pub-

* Il presente contributo è stato elaborato nel *Working Group on Adjudication*, diretto dai professori P.P. CRAIG e G. DELLA CANANEA, nell'ambito del progetto di ricerca *Research Network on Eu Administrative Law-Reneual*.

¹ Oggi comunicazioni elettroniche per via dell'evoluzione tecnologica che consente la convergenza tra servizi. Si cfr. A. CASTALDO, S. DA EMPOLI, A. NICITA (a cura di), *La tripla convergenza: innovazione, regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, Roma, 2008.

blico essenziale”, il settore economico era organizzato in senso monopolistico e la sua responsabilità era affidata ai pubblici poteri².

Due decenni or sono, l'Unione europea ha promosso la liberalizzazione del settore³. I diritti speciali ed esclusivi sono stati aboliti e le barriere legali all'accesso abbattute. Dunque, dal regime della riserva originaria⁴, seguita da una concessione amministrativa discrezionale, si è passati alla piena libertà d'impresa condizionabile al massimo con procedure aperte, eque e non discriminatorie, là dove vi siano interessi pubblici che lo richiedano⁵.

In breve, dal monopolio si è andati verso la libertà d'iniziativa e di concorrenza⁶. Questa rilevante transizione ha implicato la modificazione del ruolo dei pubblici poteri nel settore. Se prima lo Stato era “proprietario” e “imprenditore”, adesso si fa “regolatore” per consentire al mercato di divenire effettivamente aperto e competitivo e per salvaguardare le c.d. esigenze universali, senza che ciò determini indebiti vantaggi per gli *incumbent*⁷. Questo diverso ruolo è reso possibile da una nuova funzione amministrativa: la regolazione⁸. Essa è enucleata dal-

² Un inquadramento è nel volume di S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2007, 131 ss.; E. FERRARI, *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione dei servizi pubblici*, in Id. (a cura di), *I servizi pubblici a rete in Europa*, Milano, 2000, XI ss.; G. DELLA CANANEA, *The Regulation of Public Services in Italy*, in *International Review of Administrative Sciences*, 68, 2002, 73 ss.

³ Su questo processo, rispetto alle telecomunicazioni, si v. M. THACHER, *The Politics of Telecommunications. National Institutions, Convergence and Change*, Oxford, 1999; P. LAROCHE, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Oxford, 2000; L. DE PAZ, *What to Keep and What to Change in European electronic communications policy?*, in *Common Market Law Review*, 2012, 1952.

⁴ Sui presupposti e le implicazioni di questo regime giuridico delle attività economiche, si v. S. CASSESE, *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 1332 ss.; S. FOIS, *Riserva originaria e riserva di legge nei principi economici della Costituzione*, *ibidem*, 476 ss.

⁵ G. NAPOLITANO, *Le regole per liberalizzare i servizi pubblici*, in F. PAMMOLLI, C. CAMBINI, A. GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, 2007, 27 ss.

⁶ Sulle linee di questa evoluzione dell'ordinamento, si v. G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. servizi*, 1999, 629 ss.; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; G. DELLA CANANEA, *Per un nuovo assetto delle reti di servizi pubblici*, in *Munus*, 2011, 103 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercati dei servizi pubblici*, Bologna, 2006, *passim*.

⁷ Su come le “esigenze universali” possono frenare la concorrenza recando protezione all'*incumbent*, si v. S. CASSESE, *La retorica del servizio universale*, in *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999, 93 ss.; S. FROVA, *Il servizio universale nelle TLC: meglio abbandonarlo?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, 497 ss.; E. BOSCOLO, *Le telecomunicazioni in Italia alla ricerca della concorrenza*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi pubblici a rete in Europa*, cit., 231 ss.

⁸ Su questo concetto fondamentale è il contributo di A. OGUS, *Regulation: Legal Forum and Economic Theory*, Oxford, 1994, per le interazioni tra diritto ed economia e di S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna,

la disciplina europea delle comunicazioni elettroniche che crea una forte convergenza tra gli ordinamenti amministrativi nazionali in questo ambito⁹. L'armonizzazione segue due direttrici principali: l'accesso al mercato e i vincoli condizionati; i condizionamenti all'autonomia privata.

L'indagine prosegue analizzando prima l'una poi l'altra linea d'influenza. L'esigenza di procedere lungo questa distinzione serve a sottoporre a verifica un'ipotesi di lavoro. Le regole dell'accesso al mercato amplino le prerogative dei privati ponendo un freno al condizionamento dei poteri pubblici. La transizione alla concorrenza invece richiede di essere promossa dalle autorità di regolazione nazionali. L'azione di tali autorità va coordinata per non avere una "babele regolatoria" che infici l'integrazione effettiva del mercato europeo delle comunicazioni. Quindi, in entrambi i casi, ci troviamo innanzi a regole europee sul procedimento eseguito da amministrazioni incardinate negli Stati che curano però una funzione di matrice sovranazionale. Inoltre, le prime sono espressione del principio di libertà dei privati ben radicato nell'ordinamento europeo¹⁰; le seconde regole, invece, volgono a creare un coordinamento dell'ingerenza pubblica¹¹ affinché sia unitaria e *market oriented*¹². Questa tendenza, per quanto in fase di consolidamento, è più nuova, figlia dell'estensione dell'integrazione amministrativa nell'Ue che fa leva sulla creazione di "sistemi comuni"¹³.

2000, 11 ss., per l'individuazione dei suoi tratti giuridici distintivi. Sulla combinazione della regolazione con l'antitrust e gli altri strumenti pubblicistici di ingerenza nell'economia, si v. M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, 85 ss.

⁹ Sull'influenza del diritto sovranazionale sul diritto amministrativo statale, si v. S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 300 ss.; F. FRACCHIA, *Diritto comunitario e sviluppo del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007, 1141 ss.

¹⁰ Su questa prospettiva, si v. G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 629 ss., nonché M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000.

¹¹ Su questo, si v. la chiara riflessione di F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 21 ss., in seguito ampiamente sviluppata da D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale: tecniche e garanzie*, Milano, 1996.

¹² Si riprende l'analisi per la quale la regolazione è un intervento pubblico nell'economia compatibile col funzionamento del mercato che va distinta dall'ingerenza pubblica *tout-court* che viceversa sostituisce la logica del mercato concorrenziale (S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, cit.; Id., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, 265 ss.).

¹³ Sui caratteri e le implicazioni dell'affermazione di "sistemi comuni" in Europa, si cfr. S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, II ed., 2007, 5 e, da ultimo, E. CHITI, *Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale nella disciplina procedurale dei «sistemi comuni»*, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione comunitaria e diversità culturali*, Padova, 2005, 65 ss.

2. L'accesso al mercato e l'allocazione delle risorse scarse.

La “direttiva autorizzazioni” intende concorrere alla realizzazione di un mercato interno delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica mediante «l'*armonizzazione* e la *semplificazione* delle norme e delle condizioni di autorizzazione al fine di agevolarne la fornitura in tutta la Comunità»¹⁴.

Due sono i concetti chiave contenuti da questa disposizione: *armonizzazione* e *semplificazione*. Sulla prima occorre soffermarsi meno e allude al processo descritto di convergenza degli ordinamenti nazionali ai paradigmi posti dal diritto europeo.

La seconda è più interessante ed è declinata duplicemente. Per “semplificazione” deve intendersi sia l'inferiore complessità amministrativa (o burocratica) sia l'abolizione delle barriere legali all'accesso. In questa seconda accezione, semplificazione e liberalizzazione divengono una sorta di endiadi giuridica.

La fornitura di reti e servizi di comunicazioni elettroniche è libera ma assoggettabile a condizioni eteronome. Salvo quando si debba gestire risorse scarse come le frequenze e i numeri, questa attività è soggetta soltanto ad “autorizzazione generale”. Con questa locuzione, nuova per l'ordinamento italiano avendo origine in quello inglese, in diritto sopranazionale si intende «il quadro normativo istituito dallo Stato membro che garantisce i diritti di fornitura di reti o di servizi e stabilisce obblighi specifici per il settore»¹⁵. All'impresa interessata può essere imposto l'obbligo di notifica, ma non l'obbligo di ottenere una decisione esplicita o qualunque altro atto amministrativo da parte dell'autorità nazionale di regolazione prima d'esercitare i diritti che derivano dall'autorizzazione. Dopo la notifica¹⁶, se necessario, l'impresa può iniziare la propria attività, se del caso, nel rispetto delle disposizioni sui diritti d'uso¹⁷.

Il diritto europeo intreccia l'apertura del mercato alla semplificazione burocratica. Il meccanismo della “denuncia di inizio attività” è tanto una procedura abilitante più snella e efficace rispetto ad un provvedimento espresso, quanto un modo per impedire che l'amministrazione possa piegare il potere autorizzatorio

¹⁴ Art. 1.1, dir. 2002/20/Ce.

¹⁵ Art. 3.1, dir. 2009/140/Ce.

¹⁶ Peraltro, la notifica deve limitarsi alla dichiarazione, resa all'autorità nazionale di regolamentazione da una persona fisica o giuridica, dell'intenzione di iniziare la fornitura di servizi o di reti di comunicazione elettronica, nonché alla presentazione delle informazioni strettamente necessarie per consentire all'autorità in questione di tenere un registro o elenco dei fornitori di servizi e di reti di comunicazione elettronica. Tali informazioni devono limitarsi ai dati necessari per identificare il prestatore del servizio, come ad esempio i numeri di registrazione della società, e i suoi referenti, al relativo indirizzo e ad una breve descrizione della rete o del servizio, nonché alla probabile data di inizio dell'attività (art. 3, par. 2 e 3, dir. 2002/20/Ce).

¹⁷ Stabilite negli articoli 5, 6 e 7 della dir. 2002/20/Ce.

al fine di ostacolare o rallentare l'accesso sul mercato di imprese nuove entranti. Affiora chiaramente la preoccupazione che gli Stati, nel momento amministrativo, possano essere tentati di proteggere l'*incumbent* o le aziende nazionali dalla concorrenza portata da terzi o da gruppi stranieri. Per impedire questa degenerazione del sistema, il diritto sovranazionale diviene diritto amministrativo e detta una regola procedurale precisa: la denuncia seguita dal diritto del privato di avviare la sua attività d'impresa.

L'"autorizzazione generale" non ha natura provvedimentoale, neppure in senso tacito¹⁸. Essa è piuttosto un regime giuridico speciale per le imprese che dichiarino di volere accedere al settore delle comunicazioni elettroniche¹⁹. L'autorizzazione conferisce loro diritti, sottoponendole al contempo a obblighi, a limiti e, soprattutto, al potere regolatorio dell'autorità nazionale competente²⁰.

Il diritto europeo, però, non si accontenta di tracciare i contorni della procedura abilitativa. Delimita anche il contenuto minimo dei diritti di cui le imprese autorizzate devono poter godere. Esse, quindi, possono fornire reti e servizi di comunicazione elettronica e avere la garanzia che sia esaminata la loro istanza per la concessione dei necessari titoli per installare strutture²¹. Inoltre, quando forniscono al pubblico reti o servizi, l'autorizzazione dà il diritto di negoziare le interconnessioni con altri prestatori di reti e di servizi pubblici, e, dove applicabile, ottenere l'accesso o l'interconnessione alle reti in qualunque luogo dell'Unione, nonché prestare il servizio universale in tutto il territorio nazionale o in una parte di esso²².

¹⁸ In argomento vi è un'estesa produzione scientifica della quale non si può darne conto in questa sede e, quindi, fra molti, si rinvia a L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo: autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padova, 2001; P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli, 2008.

¹⁹ Per una disamina più ampia sul punto, si v. M. CLARICH, *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 2003, 137 ss.; A. BOSO CARETTA, M. CLARICH, *I titoli abilitativi nel nuovo sistema delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. inf.*, 2004, 401 ss.; A. ALÌ, *Le autorizzazioni generali di reti e di servizi di comunicazione elettronica*, in M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, 151 ss. e sia consentito rinviare anche a L. SALTARI, *I servizi di pubblica utilità*, in G. VESPERINI (a cura di), *Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2006, 261 ss.

²⁰ La presenza di questi elementi fecero dire (così A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità indipendenti*, Firenze, 1997) che, laddove operi una autorità di regolazione di settore, lì si viene a formare un "ordinamento sezionale" (su cui M.S. GIANNINI, *Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio)*, in S. AMOROSINO (a cura di), *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, Milano, 1991, 8 ss.). Su questo tentativo ricostruttivo e sulla sua confutazione, si v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.

²¹ In base all'art. 11 della dir. 2002/21/Ce.

²² In conformità alla dir. 2002/22/Ce.

Il disfavore europeo per l'intrusione dei pubblici poteri nel mercato creato da un pervasivo sistema di abilitazioni è ulteriormente testimoniato dalla previsione per la quale «ogni qualvolta sia possibile e soprattutto qualora il rischio di interferenze dannose sia trascurabile, gli Stati membri si astengono dal subordinare l'uso delle frequenze radio alla concessione di diritti d'uso individuali, includendo invece le condizioni d'uso di tali frequenze nell'autorizzazione generale»²³.

Tuttavia, se è necessario concedere diritti individuali d'uso delle frequenze radio e dei numeri, essi sono attribuiti su istanza degli aventi un'autorizzazione generale, nel rispetto del principio dell'uso efficiente di tali risorse. Tali diritti sono concessi mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie. I provvedimenti vanno adottati, comunicati e resi pubblici dall'Autorità nazionale quanto prima dopo il ricevimento della domanda e, comunque, entro tre settimane nel caso dei numeri assegnati per scopi specifici nell'ambito del piano di numerazione nazionale ed entro sei settimane nel caso delle frequenze radio assegnate per scopi specifici nell'ambito del piano nazionale delle frequenze. Se per il loro valore economico eccezionale sia deciso che i diritti debbano essere concessi mediante procedure di selezione competitiva o comparativa, gli Stati possono prorogare di altre due settimane il periodo massimo di tre settimane²⁴.

La disciplina europea precisa accuratamente l'eventuale limitazione del numero dei diritti d'uso da concedere per le frequenze radio. In specie, uno Stato, nel valutare se procedere a tale limitazione, deve massimizzare i vantaggi per gli utenti e favorire lo sviluppo della concorrenza; concedere a tutte le parti interessate (compresi utenti e consumatori) l'opportunità di esprimere la loro posizione; pubblicare qualsiasi decisione sulla limitazione indicandone le ragioni; riesaminare queste limitazioni a scadenze ragionevoli o a ragionevole richiesta delle imprese interessate.

Quando i diritti d'uso delle radiofrequenze sono concessi in numero limitato, essi vanno assegnati in base a criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori²⁵.

Si accennava in precedenza al fatto che l'autorizzazione generale e i diritti d'uso creano un regime condizionale all'interno del quale l'impresa può svolgere la propria autonomia privata. Vi è un controllo all'ingresso, ma non discrezionale e proporzionato (cioè molto diverso da quanto accadeva nella fase anteriore alla liberalizzazione). Un controllo amministrativo vi è anche in costanza di atti-

²³ Art. 5.1, dir. 2002/20/Ce.

²⁴ Art. 6, dir. 2002/20/Ce.

²⁵ In questo caso, si può prorogare il periodo massimo di sei settimane nella misura necessaria per garantire che le procedure siano eque, ragionevoli, pubbliche e trasparenti per tutti i soggetti interessati, senza però superare il termine di otto mesi (art. 7, dir. 2002/20/Ce, come modificato dall'art. 3.5, dir. 2009/140/Ce).

vità, nel senso che l'impresa deve rispettare per tutta la durata dell'autorizzazione o del diritto d'uso le condizioni poste e accettate²⁶. Le autorità nazionali, infatti, possono contestare alle imprese la loro violazione. L'aspetto da porre in rilievo è che, anche in questo frangente, il diritto europeo delimita il modo in cui il potere può essere esercitato a tutela dei privati e, quindi, detta regole sul procedimento di controllo.

Le autorità possono chiedere informazioni in aderenza allo scopo di verificare il rispetto delle condizioni poste. Là dove sia accertata un'inosservanza, alle imprese deve essere dato il modo di esprimere loro osservazioni e di rimediare alle violazioni entro un termine minimo di un mese. Se l'impresa non pone rimedio, l'autorità può adottare provvedimenti, tra i quali anche sanzioni pecuniarie, "adequate" e "proporzionate". Solo violazioni gravi e reiterate possono portare a misure come precludere all'impresa di erogare reti e servizi o come la sospensione dei diritti d'uso²⁷.

Alle imprese possono essere richiesti "diritti amministrativi". Il diritto europeo precisa però che essi non devono atteggiarsi come *fees* d'ingresso. Essi, infatti, devono coprire i soli costi amministrativi che saranno sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e sono imposti in modo proporzionato, obiettivo e trasparente, tale da minimizzare i costi amministrativi aggiuntivi e gli oneri accessori²⁸.

2.1. Le procedure di "cubicazione" e "condivisione".

Quando un'impresa che fornisce reti di comunicazione elettronica ha il diritto, in forza della legislazione nazionale, di installare strutture su proprietà pubbliche o private oppure può avvalersi di una procedura per l'espropriazione o per l'uso di una proprietà, le Anr hanno la facoltà di imporre la condivisione di tali strutture o proprietà, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità, ivi compresi tra l'altro edifici o accesso a edifici, cablaggio degli edifici, piloni, antenne, torri e altre strutture di supporto, condotti, guaine, pozzetti e armadi di distribuzione.

Gli Stati membri possono imporre ai titolari di tali diritti di condividere le strutture o la proprietà (compresa la cubicazione fisica) o di adottare misure volte a facilitare il coordinamento di lavori pubblici per tutelare l'ambiente, la salu-

²⁶ Sulla funzionalità di questo meccanismo di controllo amministrativo, si v. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, VI ed., 2000, 380 ss.

²⁷ Art. 10, dir. 2002/20/Ce.

²⁸ Art. 11, dir. 2002/20/Ce.

te pubblica, la pubblica sicurezza o per realizzare obiettivi di pianificazione urbana o rurale e soltanto dopo un adeguato periodo di pubblica consultazione nel corso del quale a tutte le parti interessate è data la possibilità di esprimere il proprio parere²⁹.

Le autorità nazionali, previo adeguato periodo di consultazione pubblica nel corso del quale tutte le parti interessate hanno la possibilità di esprimere le proprie opinioni, hanno anche la facoltà di imporre obblighi in relazione alla condivisione del cablaggio all'interno degli edifici o fino al primo punto di concentrazione o di distribuzione, qualora esso si trovi al di fuori dell'edificio, ai titolari dei diritti di installare infrastrutture e/o al proprietario di tale cablaggio, se ciò è giustificato dal fatto che la duplicazione di tale infrastruttura sarebbe economicamente inefficiente o fisicamente impraticabile³⁰.

Le Anr possono richiedere alle imprese di fornire le informazioni necessarie, su richiesta delle autorità competenti, per consentire a queste ultime, di concerto con le Autorità, di elaborare un inventario dettagliato della natura, disponibilità e ubicazione geografica delle strutture, e metterlo a disposizione delle parti interessate. Il diritto europeo vuole che provvedimenti adottati da un'Autorità nazionale di regolazione in materia di condivisione e ubicazione siano obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati. Se del caso, tali provvedimenti sono eseguiti in coordinamento con le autorità locali.

2.2. Procedimenti nazionali plasmati dal diritto europeo.

Il diritto europeo delinea il regime sostanziale dell'accesso al mercato. È un corollario applicativo del processo di liberalizzazione. Lo fa equilibrando l'apertura alla concorrenza con la tutela delle esigenze generali immanenti nel settore³¹. Poiché proviene da un assetto di penetrante intervento pubblico, questa disciplina determina un'oggettiva elevazione delle prerogative delle imprese creando a loro vantaggio situazioni di diritto soggettivo (più nell'autorizzazione generale) e di interesse legittimo (più nei diritti d'uso).

Questa dimensione sostanziale statica si embrica a quella dinamica del procedimento. Il diritto europeo enuclea due tipi di procedure: l'autorizzazione generale e la concessione di diritti d'uso. La prima è riconducibile alla famiglia dei

²⁹ Tali disposizioni su condivisione o coordinamento possono comprendere regole sulla ripartizione dei costi della condivisione delle strutture o delle proprietà.

³⁰ Tra queste disposizioni in materia di condivisione o coordinamento possono rientrare norme sulla ripartizione dei costi della condivisione delle strutture o delle proprietà, adattate se del caso in funzione dei rischi.

³¹ Art. 3, d. lgs. n. 259 del 2003.

procedimenti semplificati nei quali il silenzio (*recte* l'inazione) dell'amministrazione è connesso al prodursi di effetti³². La seconda è un esempio di procedura concorsuale o gara, là dove si debba limitare la concessione del titolo per via della scarsità delle risorse. In ambedue i casi, come detto, la procedura è concepita in funzione della tutela della non discriminazione e, quindi, della libertà di concorrenza.

Il diritto sovranazionale, quando affida un potere alle Autorità nazionali di regolazione, stabilisce anche i principi e i criteri in base ai quali tale potere è esercitato legittimamente. In questi termini, l'ordinamento europeo, oltre al tipo di procedura, informa anche l'esercizio del potere affinché si contemperino davvero la tutela dell'autonomia privata e le esigenze d'interesse collettivo. Queste ultime, in tal modo, si prestano meno facilmente a un uso retorico ed enfatico che in realtà nasconda l'intenzione di tenere chiuso il mercato³³. Gli Stati, che come noto non sono unità monolitiche³⁴, spesso sono a favore di politiche di liberalizzazione quando decidono in Europa e poi ne frenano l'attuazione quando essa altera gli equilibri concreti a svantaggio di interessi politicamente ed economicamente rilevanti (come sono spesso quelli degli *incumbent*)³⁵.

Quella sin qui esaminata è una disciplina sovranazionale di procedimenti nazionali³⁶. La loro fonte immediata è tale, dovendosi le direttive trasporre in atti interni. Nazionale è anche la struttura-svolgimento di questi procedimenti³⁷. Le autorizzazioni generali e la concessione di risorse come le frequenze radio rimangono strettamente entro il perimetro dell'ordinamento nazionale. Non a caso vi è chi vede in questa chiusura e delimitazione un ostacolo molto condizionante l'effettiva realizzazione del mercato interno delle comunicazioni elettroniche³⁸.

³² La letteratura italiana sul punto è copiosissima, anche per una accentuata instabilità della disciplina generale contenuta nell'art. 19 della l. n. 241 del 1990 e successive modificazioni.

³³ Su come le esigenze generali siano usate per porre limiti alla concorrenza anche oltre alla loro effettiva sussistenza, si cfr. S. CASSESE, *La retorica del servizio universale*, in S. FROVA (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999, 91 ss.

³⁴ Sull'erosione del mito del principio per il quale *state-as-a-unit*, si rinvia a S. CASSESE, *Fortuna e decadenza della nozione di Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, 1988, 91 ss.

³⁵ Che questa tendenza coincide con la volontà di protezione nei confronti delle imprese nazionali di maggiori dimensioni, si v. A. MACCHIATI, *La politica dei campioni nazionali: tra rinascita e crisi*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2006, 455 ss. e la letteratura ivi citata.

³⁶ È ripreso l'inquadramento suggerito da M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, III ed., 2010.

³⁷ Sulla morfologia dei procedimenti amministrativi europei e su come essa si rifletta in differenze di regime, si v. G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit.

³⁸ In una prospettiva più ampia, limiti e strumenti per proseguire e completare l'integrazione dei mercati europei sono esaminati nel documento predisposto da M. MONTI, *Una nuova strategia*

Questa disciplina europea per molti versi presenta analogie con quella dei contratti affidati dalle pubbliche amministrazioni, la quale similmente delinea procedure nazionali (quelle dell'evidenza pubblica) che hanno la loro matrice ormai totalmente nel diritto sovranazionale derivato e primario³⁹.

3. Conformazione europea della regolazione.

Nel diritto sovranazionale delle comunicazioni elettroniche le imprese si distinguono dicotomicamente in base al fatto che abbiano o meno un "significativo potere di mercato". Solo a quelle che possiedono questo crisma, assimilabile alla *dominance* del diritto antitrust, le Anr possono imporre specifici vincoli che limitano, anche fortemente, la loro autonomia⁴⁰. Lo scopo è impedire che questi operatori, dotati di una particolare forza economica, possano impedire l'effettiva transizione alla concorrenza precludendo ad altre imprese di competere "ad armi pari"⁴¹.

Sullo sfondo vi è una fondamentale differenza materiale tra gli operatori del settore. Gli *incumbent* sono cresciuti come monopolisti legali verticalmente integrati. Nei lunghi anni nei quali hanno beneficiato di un regime di riserva, essi hanno realizzato le reti di cui oggi continuano ad avere la proprietà (non essendosi ancora applicato nelle telecomunicazioni il principio della "separazione tra rete e servizi" seguito in altre *public utilities*)⁴². Ne discende che, anche dopo la liberalizzazione formale, tali imprese detengono "beni infrastrutturali" essenziali non duplicabili da parte dei nuovi entranti. Per questa ragione le autorità di regolazio-

per il mercato interno, 2010, su mandato del presidente della Commissione europea.

³⁹ In argomento, *ex multis*, si cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, II ed., 2012; C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010.

⁴⁰ Su questo sia consentito rinviare a L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2008, e alla bibliografia ivi contenuta.

⁴¹ In tal senso F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, *passim*.

⁴² In specie, il riferimento è ai trasporti ferroviari e ai settori dell'energia elettrica e il gas. Su questo principio, si v. N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1998. Proprio in questa fase è tuttavia in corso di elaborazione un'ipotesi di scorporo della rete metallica da parte dell'ex monopolista che sarebbe acquisito indirettamente dallo Stato attraverso Cassa depositi e prestiti. Da questa operazione dovrebbero conseguire tre risultati maggiori: la riduzione dell'indebitamento della impresa *incumbent* ora ingente; l'alleggerimento dei vincoli di regolazione; una maggiore neutralità nel concedere ai terzi l'accesso e l'interconnessione. Nonostante la regolazione, l'*incumbent* ha continuato a svantaggiare i propri concorrenti nella concessione di risorse infrastrutturali. Ciò è quanto emerge dalla delibera dell'Agcm con la quale a Telecom Italia è stata inflitta un'onerosa sanzione per abuso di posizione dominante (A428, Wind-Fastweb/condotte Telecom Italia, istruttoria chiusa il 9 maggio 2013).

ne possono decidere di contrastare la dominanza, anche se statica⁴³. Viene qui in rilievo la principale differenza tra la regolazione pro-concorrenziale e il diritto posto a tutela della concorrenza⁴⁴: l'una interviene *ex ante*, l'altro *ex post*.

La regolazione pro-concorrenziale limita l'autonomia delle imprese sulle quali si puntualizza. L'identificazione di organismo comunicazione elettronica come "Smp" lo assoggetta al potere regolatorio. Ne consegue che i perni del regime giuridico del settore sono: 1) il modo in cui è in concreto declinato il significativo potere di mercato; 2) gli ambiti di mercato (o mercati rilevanti) nel quale questo potere è astrattamente misurabile; 3) i criteri in forza dei quali questa misurazione viene compiuta (essendo la Smp un concetto giuridico non determinato); 4) l'identificazione in concreto dei mercati rilevanti da parte delle Anr; 5) l'effettiva analisi dei mercati e l'identificazione in essi delle imprese Smp; 6) la definizione dei "remedies" idonei ad impedire che la dominanza impedisca un andamento concorrenziale del mercato. Questi sei momenti riassumono l'attività di regolazione pro-competitiva. Gli attori pubblici che inverano questa attività sono collocati sul piano statale (le Anr), sul piano sovranazionale (la Commissione) e su un livello comune, né statale né sovranazionale (il Berec).

In questo aspetto, l'influenza europea sui procedimenti di regolazione si differenzia rispetto a quanto prima osservato sull'accesso al mercato. La pluralità degli organi dai quali essa scaturisce implica che siano disciplinate le interazioni tra questi organi. Dunque, se prima si è parlato di procedimenti nazionali conformati dal diritto sovranazionale, adesso il diritto europeo determina la composizione tra differenti livelli di governo attraverso regole procedurali. L'ordito tessuto da questa disciplina è assai complesso. Conviene osservarlo ripercorrendo i sei passaggi della regolazione.

3.1. *Il significativo potere di mercato, i mercati rilevanti e la loro analisi.*

«Si presume che un'impresa disponga di un significativo potere di mercato se, individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante ossia una posizione di forza economica tale da

⁴³ Nel sistema del diritto antitrust la dominanza non è in sé illecita. Lo diviene solo se l'impresa dominante ne dispone abusivamente per monopolizzare il mercato. In questo caso, l'autorità antitrust potrà reagire sanzionando la pratica restrittiva della concorrenza. In argomento, si v. M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Bologna, 2005, *passim*.

⁴⁴ Muove dall'ipotesi che le direttive di seconda generazione avrebbero implicato una certa ibridazione tra la regolazione e l'antitrust, in quanto istituti della seconda penetrano nella prima, M. LIBERTINI, *Una disciplina antitrust speciale per le comunicazioni elettroniche*, in *Contratto e impresa*, 2003, 910 ss.

consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori»⁴⁵.

L'aspetto più interessante ai nostri fini è che le Anr «nel valutare se due o più imprese godono congiuntamente di una posizione dominante sul mercato, [...] tengono nella massima considerazione gli orientamenti per l'analisi del mercato e la valutazione del rilevante potere di mercato pubblicati dalla Commissione»⁴⁶.

Dunque, l'analisi si svolge sul piano nazionale ma secondo l'orientamento sovranazionale. L'indirizzo della Commissione sul numero e sulla delimitazione dei mercati rilevanti ha un'importanza fondamentale che si evince dal seguente sillogismo. Tanto maggiore è la suddivisione del settore in (sotto)mercati rilevanti, quanto è maggiore la possibilità che siano identificate imprese Smp. Tante più numerose sono le imprese Smp, quanto è maggiore l'estensione e l'intensità della regolazione. Ne discende che una parte cospicua della *policy* regolatoria è definita in questo momento. Non sorprende, allora, che il diritto europeo lo disciplini accuratamente.

La Commissione adotta una «raccomandazione concernente i mercati rilevanti dei servizi e dei prodotti» a seguito di una consultazione pubblica alla quale prendono parte le Anr. Essa deve tenere nella massima considerazione il parere del Berec e l'atto va assunto con la procedura decisionale che coinvolge il comitato di comitologia nel modo più formale: quella regolamentare⁴⁷. Si tratta della procedura per la quale l'assenso del comitato è indispensabile, altrimenti il potere decisionale è rimesso al Consiglio dei ministri.

A questo punto, le Anr, tenendo nella massima considerazione la raccomandazione, definiscono i mercati rilevanti corrispondenti alla situazione nazionale, in particolare i mercati geografici rilevanti nel loro territorio, conformemente ai principi e agli standard del diritto della concorrenza. Là dove le Anr intendano definire mercati differenti da quelli individuati dalla raccomandazione devono svolgere una consultazione pubblica e sottoporre la decisione al vaglio sia della Commissione sia del Berec⁴⁸.

⁴⁵ Si consideri inoltre che «se un'impresa dispone di un significativo potere su un mercato specifico (il primo mercato), può parimenti essere definita come avente un significativo potere in un mercato strettamente connesso (il secondo mercato) qualora le connessioni tra i due mercati siano tali da consentire al potere detenuto nel primo mercato di esser fatto valere nel secondo, rafforzando in tal modo il potere complessivo dell'impresa interessata. Pertanto, possono essere applicate misure correttive volte a prevenire tale influenza sul secondo mercato a norma degli articoli 9, 10, 11 e 13 della direttiva 2002/19/CE ("direttiva accesso") e, qualora tali misure correttive risultino essere insufficienti, possono essere imposte misure correttive a norma dell'articolo 17 della direttiva 2002/22/CE ("direttiva servizio universale")» (art. 1.16, dir. 2009/140/Ce).

⁴⁶ Art. 14.2, dir. 2002/21/Ce.

⁴⁷ Art. 15.1, dir. 2002/21/Ce, come modificato dalla dir. 2009/140/Ce.

⁴⁸ Art. 15.3, dir. 2002/21/Ce, come modificato dalla dir. 2009/140/Ce.

Il diritto sovranazionale regola le modalità di adozione di due atti amministrativi stabilendo tra loro un collegamento⁴⁹. Il primo è europeo ma frutto di una “concertazione” della Commissione con le singole autorità nazionali e con l’istituzione europea che le raggruppa, il Berec. Tale concertazione muove da una proposta della Commissione dopo che essa ha avuto una diretta interlocuzione con gli *stakeholders*. Il secondo atto è nazionale ma deve riflettere la linea di *policy* comune. La connessione tra i due provvedimenti non è debole come lascerebbe pensare la disposizione sovranazionale che allude a una semplice “raccomandazione” di cui tenere il massimo conto. L’eventuale scostamento nazionale dal solco europeo sottopone la scelta della Anr ad un controllo che, come si vedrà nel prosieguo, non appartiene alla sfera del *soft law*.

Le Anr verificano se i mercati rilevanti siano effettivamente concorrenziali in collaborazione eventualmente con le autorità nazionali garanti della concorrenza. Se il mercato è aperto non si impone né mantiene nessun obbligo di regolazione, revocando eventualmente quelli esistenti. Tale revoca va comunicata alle parti interessate con un congruo preavviso. Qualora invece emerga che un mercato rilevante non è concorrenziale, l’Anr individua le imprese che individualmente o congiuntamente dispongono di un significativo potere di mercato imponendo loro i vincoli appropriati⁵⁰. Le Anr effettuano tali analisi: entro tre anni dall’adozione di una precedente misura relativa a quel mercato. In via eccezionale, tale periodo può essere prorogato fino a un massimo di altri tre anni, se l’autorità nazionale di regolazione ha notificato alla Commissione una proposta motivata di proroga e la Commissione non ha formulato obiezioni entro un mese dalla notifica; entro due anni dall’adozione di una raccomandazione rivista sui mercati rilevanti per i mercati non notificati in precedenza alla Commissione. Qualora un’autorità nazionale non completi l’analisi di un mercato rilevante entro i precedenti termini, il Berec fornisce, su richiesta, assistenza all’autorità in questione, per completare l’analisi del mercato specifico e dei precisi obblighi da imporre.

I provvedimenti di identificazione delle imprese Smp, di revoca, imposizione e modifica dei vincoli di regolazione devono essere preceduti da una consultazione pubblica e sono sottoposti ad una forma “corale” di controllo. L’analisi prosegue sulla disciplina europea di queste due procedure.

⁴⁹ Questo schema operativo è esaminato da G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell’Unione europea*, in F. BIGNAMI, S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, 309 ss., il quale lo riconduce ad una tipologia fenomenologica.

⁵⁰ Nel caso dei mercati transnazionali paneuropei, le autorità nazionali di regolamentazione interessate effettuano congiuntamente l’analisi di mercato, tenendo nella massima considerazione gli orientamenti, e si pronunciano di concerto in merito all’imposizione, al mantenimento, alla modifica o alla revoca di obblighi di regolamentazione.

4. Il meccanismo di consultazione e di trasparenza.

Il diritto europeo impone che gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolazione, quando intendono adottare misure in applicazione delle direttive sulle comunicazioni elettroniche o quando intendono imporre limitazioni, abbiano un impatto rilevante sul mercato, diano alle parti interessate la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misura entro un termine ragionevole. Esse rendono pubbliche le procedure che applicano ai fini di tale consultazione. Gli Stati membri devono adattare la loro organizzazione affinché vi sia un unico punto d'informazione attraverso il quale si possa accedere a tutte le consultazioni in corso. Il risultato della procedura di consultazione deve essere reso pubblicamente disponibile attraverso la Anr, salvo nel caso di un'informazione riservata, nel rispetto della legislazione comunitaria e nazionale sulla riservatezza in campo commerciale⁵¹.

Si tratta di una previsione molto rilevante.

Introduce una forma di *notice and comment* in tutti gli ordinamenti nazionali, anche in quelli nei quali questa modalità dell'azione amministrativa è sconosciuta. E questo pare proprio il caso dell'Italia, dove la partecipazione procedimentale è disciplinata in generale in forme assai più limitate⁵².

Le decisioni dei regolatori non devono prescindere dalla consultazione di tutti gli interessati. Ciò consente di ridurre l'asimmetria informativa e fa in modo che le misure regolatorie arbitrano tra gli interessi contrapposti⁵³. Tale *modus agendi* accresce la legittimazione delle Anr ma accentua un pericolo. L'interlocuzione tra le Anr e i regolati può favorire quel fenomeno noto come "cattura del regolatore". Per arginare questo rischio, la disciplina europea bilancia l'obbligo di consultazione con la trasparenza. Dando massima pubblicità ai risultati della consultazione, diviene verificabile come le diverse posizioni acquisite dal regolatore abbiano influito sulle sue decisioni.

Questa norma presenta un'altra ragione d'interesse. Rappresenta un diverso modo rispetto a quelli sin qui esaminati attraverso cui il diritto europeo influenza il procedimento. Si è visto che esso plasma le procedure di abilitazione e di allocazione delle risorse scarse per asseverare l'effettività del principio di libertà di accesso. Si è osservato come esso disegni procedimenti collegati al fine di asservire de-

⁵¹ Art. 6, dir. 2002/21/Ce come modificato dalla dir. 2009/140/Ce.

⁵² Nonostante che la scienza giuridica italiana da tempo abbia evinto le molteplici potenzialità della partecipazione dei privati al procedimento amministrativo, si cfr. S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo. Un'analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Archivio giuridico*, 1970, 1-2, 25 ss.

⁵³ Questo aspetto è chiaramente rilevato da S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, 271.

terminanti atti nazionali alla *policy* comune. Adesso, la norma sulla consultazione e la trasparenza ha un'efficacia orizzontale nel senso che riguarda una serie aperta di procedimenti nazionali: tutti quelli che involgono effetti significativi sul mercato. Questa regola sovranazionale va a sostituire quella interna che detta la forma e l'intensità della partecipazione al procedimento. Qui lo scopo è plurale. Si elevano le garanzie dei privati le cui istanze trovano sicura udienza. Si incrementa l'efficacia della regolazione consentendo alle autorità di completare il bagaglio di informazioni necessarie per decidere in modo più appropriato. Si rafforza la stessa legittimazione dell'autorità di regolazione che può nella sua istruttoria acquisire tutti gli interessi, dovendo mostrare come ne abbia tenuto conto⁵⁴. In altre parole, il procedimento regolatorio, delineato dal diritto europeo, persegue mescolandole una funzione garantistica, collaborativa e democratica⁵⁵.

Quest'ultima osservazione porta a inferire che il fenomeno esaminato determina una radicale innovazione non tanto sul piano finalistico⁵⁶ quanto su quello delle forme procedurali, innestando negli ordinamenti amministrativi degli Stati appartenenti all'Ue un istituto presente nell'*Administrative Procedures Act* statunitense e che orienta la disciplina del procedimento nella direttrice tipologica dell'*interest representation model*⁵⁷.

5. Il coordinamento attraverso procedure composte.

Un'importante procedura di coordinamento è disciplinata dall'art. 7 della direttiva quadro⁵⁸. Per quanto si sia scelto di non seguire nell'analisi un'imposta-

⁵⁴ M. D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.

⁵⁵ Sono valorizzate tutte le funzioni del procedimento (su cui S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., 307 ss.). Sulla capacità di questi elementi di proiettarsi sul piano dei principi generali del diritto pubblico globale, si v. G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, *passim*.

⁵⁶ Sebbene non manchi chi ritiene nella nostra legge generale sul procedimento predomini la funzione di tutela della partecipazione procedimentale, tanto da ritenerla «con le dovute differenze e gli opportuni temperamenti», più vicina al modello austriaco di tipo giudiziario che a quello statunitense della rappresentazione degli interessi. Si cfr. B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 25.

⁵⁷ S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello "neoclassico"*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, 1993, 1 ss.; nonché ID., *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in M. CLARICH (a cura di), *La trasparenza amministrativa a due anni dalla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Atti del Convegno organizzato dall'Università di Siena (Siena, 30 ottobre 1992), Suppl. a "Mondo economico", 1993, 9, 7-11.

⁵⁸ Dir. 2002/21/Ce come modificata dalla dir. 2009/140/Ce.

zione cronologica, in questo caso merita sottolineare che la revisione dell'assetto normativo, avutasi nel 2009, ha notevolmente ampliato l'ambito e l'efficacia di tale forma di coordinamento⁵⁹.

Che la regolazione scaturisca dall'interazione di una pluralità di organi adesso risulta testualmente dalla norma secondo la quale le Anr insieme alla Commissione e al Berec «lavorano insieme in modo trasparente al fine di assicurare la piena applicazione in tutti gli Stati» delle disposizioni europee in materia. Sotto il profilo ontologico questa è una norma performativa quindi dalla blanda precettività. Essa, però, individua nettamente le istituzioni che partecipano al “concerto regolamentare europeo”⁶⁰, confermando indirettamente la tesi per la quale il diritto europeo crea sezionalmente “sistemi di *governance*” fondati sull'integrazione tra amministrazioni incardinate sul piano nazionale, sovranazionale e misto⁶¹.

5.1. *Consolidamento del mercato interno delle comunicazioni elettroniche.*

Quando un'Autorità nazionale intende adottare una misura sulla identificazione di mercati rilevanti e di imprese Smp, idonea ad influenzare gli scambi tra gli Stati, la rende contemporaneamente accessibile alla Commissione, al Berec e alle Anr degli altri Stati membri, insieme alla motivazione su cui la misura si basa. Ciò per rendere possibile ai soggetti che ricevono la bozza di fare avere osservazioni su di essa all'autorità procedente, entro un mese. Tali indicazioni devono essere tenute nella massima considerazione. In specie, quando le misure nazionali mirano: a identificare un mercato rilevante differente da quelli previsti dalla raccomandazione della Commissione; oppure a decidere sulla designazione o meno di imprese che detengono un potere di mercato significativo in modo che possa influenzare gli scambi commerciali tra Stati, se per la Commissione il progetto di misura può elevare una barriera al mercato unico o dubita della sua compatibilità col diritto comunitario, la sua adozione è sospesa per altri due mesi.

In questo periodo di sospensione la Commissione può adottare una decisione con cui si richiama alla Anr interessata di ritirare il progetto di misura oppure decidere di sciogliere le sue riserve. Prima di adottare una decisione, la Commissione considera con la massima attenzione il parere del Berec. La decisione è accompagnata da un'analisi dettagliata e obiettiva dei motivi per i quali la Commissio-

⁵⁹ Per una prima descrizione della disciplina europea di terza generazione si cfr. B. ARGIO-
LAS, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 191 ss.

⁶⁰ Si riprende la felice sintesi fornita da S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giornale dir. amm.*, 2002, 689 ss.

⁶¹ Questa tesi è già stata proposta da chi scrive nel volume *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007, a cui sia consentito rinviare.

ne considera che il progetto di misura non debba essere adottato, congiuntamente a proposte specifiche volte a modificare il progetto di misura. Se la Commissione impone all'Anr di ritirare un progetto di misura, l'autorità nazionale lo modifica o lo ritira entro sei mesi. Se il progetto viene modificato, l'Anr avvia una nuova consultazione pubblica e notifica nuovamente la bozza modificata alla Commissione.

Solo in circostanze straordinarie l'Anr, se ritenga che sussistano urgenti motivi di agire per salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti, in deroga alla procedura delineata in precedenza, può adottare immediatamente adeguate misure temporanee. Essa comunica tali misure, esaurientemente motivate, alla Commissione, alle altre autorità nazionali e al Berec. La decisione dell'Anr di rendere tali misure permanenti o di estendere il periodo di tempo in cui siano applicabili è soggetta alla procedura di coordinamento. Tutte le misure adottate definitivamente sono comunicate alla Commissione e al Berec.

5.2. Procedura per la coerente applicazione delle misure correttive.

Tra le maggiori innovazioni portate dalle direttive di terza generazione vi è che anche le decisioni sui *remedies* ricadono nella procedura di coordinamento⁶².

Quando la misura mira a imporre, modificare o revocare un obbligo imposto a un operatore Smp, la Commissione, entro un mese, può notificare all'Anr interessata e al Berec i motivi per cui ritiene che il progetto di misura crei un ostacolo al mercato unico o che dubita seriamente della sua compatibilità col diritto comunitario. In tal caso, l'adozione del progetto di misura è ulteriormente sospesa per i tre mesi successivi alla notifica della Commissione. In caso contrario, l'Anr può adottare il progetto di misura tenendo nella massima considerazione le osservazioni ricevute. Nel periodo di sospensione, la Commissione, il Berec e l'autorità nazionale interessata cooperano strettamente per individuare la misura più idonea ed efficace a garantire la concorrenzialità del mercato, tenendo debitamente conto del parere delle imprese e degli utenti e della necessità di garantire una pratica regolamentare coerente.

Entro sei settimane dalla presentazione del progetto di misura, il Berec, deliberando a maggioranza, esprime un parere sulla notifica della Commissione, indicando se ritiene che il progetto di misura debba essere modificato o ritirato e, se del caso, avanza a tal fine proposte specifiche.

Questo parere è pubblico e va motivato. Se il Berec condivide i dubbi della Commissione coopera strettamente con l'Anr per individuare la misura più idonea ed efficace. A questo punto l'Anr può: modificare o ritirare il suo progetto di

⁶² L'art. 1.7, dir. 2009/140/Ce aggiunge l'art. 7-*bis* alla dir. 2002/21/Ce.

misura tenendo nella massima considerazione la notifica della Commissione e il parere e la consulenza del Berec; oppure può mantenere il suo progetto di misura.

Qualora il Berec non condivida la posizione della Commissione o non si esprima e l'Anr modifichi o mantenga il suo progetto di misura, la Commissione può formulare una raccomandazione in cui invita l'autorità nazionale a modificare o ritirare il progetto di misura (*veto power*), includendo proposte specifiche e le ragioni che giustificano la raccomandazione (specie se il Berec è in disaccordo). In alternativa, può sciogliere le sue riserve.

Entro un mese dalla raccomandazione della Commissione l'autorità nazionale di regolazione interessata comunica alla Commissione e al Berec la misura finale adottata. Tale periodo può essere prorogato per consentire la consultazione pubblica. Se la Anr decide di non modificare o ritirare il progetto di misura sulla base della raccomandazione ha l'onere di fornire una giustificazione motivata. L'Anr può ritirare il progetto di misura in qualsiasi fase della procedura.

5.3. *Attuazione delle procedure di coordinamento.*

Previa consultazione pubblica e consultazione con le Anr, tenendo nella massima considerazione il parere del Berec, la Commissione può adottare raccomandazioni e/o orientamenti in relazione alle procedure di coordinamento che definiscano la forma, il contenuto e il livello di dettaglio delle notifiche richieste ai fini di coordinamento, le circostanze in cui le notifiche non sono richieste e il calcolo dei termini. Tali provvedimenti sono adottati col coinvolgimento del comitato nella procedura regolamentare.

5.4. *Supremazia funzionale sovranazionale bilanciata dalla consociazione.*

Il coordinamento è necessario a impedire che si formino dislivelli nella regolazione causati dalla sua esecuzione nazionale. La regolazione è attuata dalle autorità nazionali, ma la loro azione ultima è sottoposta a un penetrante controllo. Soggetti a verifica sono i provvedimenti più rilevanti: l'identificazione dei mercati rilevanti e delle imprese Smp, la revoca, la modifica, l'imposizione di vicoli di regolazione. La Commissione ha il potere di chiedere che i progetti di misure nazionali siano modificati o, se del caso, ritirati. La Commissione, tuttavia, nel prendere queste decisioni deve tenere nel massimo conto il parere del Berec ovvero dell'organo che raccoglie sul piano sovranazionale i vertici delle Autorità statali di regolazione.

Dunque, alla Commissione è conferita una supremazia funzionale che però è temperata dall'esigenza che le sue decisioni alla fine siano concertate col Berec.

Per realizzare questo obiettivo di coordinamento nei procedimenti nazionali di regolazione viene inserita una fase prodromica nella quale la bozza di misura è sottoposta ad una “consultazione corale”. In altre parole, al procedimento nazionale si salda una fase procedimentale sovranazionale per mezzo della quale l’azione regolatoria può svolgersi in modo coordinato. Il procedimento così disegnato consente di collegare i regolatori europei pur mantenendone l’incardinamento strutturale nazionale. Esso assume una valenza infrastrutturale di completamento del disegno organizzativo in modo dinamico⁶³.

6. Armonizzazione, convergenza e divergenza.

Nella disciplina europea delle comunicazioni elettroniche vi sono numerose norme riguardanti il procedimento amministrativo. La loro copiosità non significa che esse volgano a costruire un sistema organico che soppianta quello nazionale, come ad esempio ormai avviene per i contratti delle pubbliche amministrazioni che superino una determinata soglia di valore economico⁶⁴.

Nel settore oggetto dell’indagine, il diritto europeo e il diritto nazionale sul procedimento convivono integrandosi⁶⁵. E poiché il primo è fonte superiore modifica quello nazionale nelle parti in cui tra i due non vi sia una convergenza *ab origine*. Per chiarire meglio, se le direttive prescrivono un obbligo di motivazione non vi è un’innovazione rispetto all’ordinamento italiano coincidendo con un principio già largamente codificato e tutelato dal giudice amministrativo. Diverso è il caso in cui nella fonte europea si pone il vincolo per le Anr di decidere solo dopo aver espletato una consultazione nelle forme del *notice and comment*. Questa regola speciale sulla partecipazione s’impone su quella generale che in Italia ha forme ed estensione differenti⁶⁶.

⁶³ Proprio con riferimento alla regolazione dei servizi pubblici, F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, 96, osserva che «la decisione può essere presa alla fine di una concatenazione di atti e mettendo assieme in un procedimento atti di autorità di regolazione nazionali e atti di autorità comunitarie si può spezzare l’autonomia organizzativa dei singoli Paesi realizzando così anche per questa via una amministrazione comune».

⁶⁴ Sulla regolazione europea dei procedimenti amministrativi nazionali, si v. C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, cit.; o, anche, L. SALTARI, *Procedimento amministrativo (diritto comunitario)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 4525.

⁶⁵ Esamina le modalità di incidenza del diritto europeo sui diritti amministrativi nazionali S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, I, cit., 8 ss.

⁶⁶ Sulla partecipazione nella disciplina italiana del procedimento, si v. A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, 1074 e la letteratura ivi citata.

L'approccio seguito dall'ordinamento, in linea con un suo connotato tradizionale, è pragmatico e funzionale⁶⁷. Si muove dalla consapevolezza che gli ordinamenti nazionali hanno apparati amministrativi e giurisdizionali, nonché un sistema di regole sull'attività amministrativa, idonei ad inverare la *rule of law*⁶⁸.

Il diritto europeo interviene con la tecnica del ritaglio solo su quegli aspetti, ad esempio la partecipazione, la semplificazione, la concorsualità, considerati irrinunciabili per la concreta realizzazione degli obiettivi specifici della *policy*. Solamente su questi profili le eventuali peculiarità nazionali cedono all'armonizzazione e, quindi, alla convergenza europea⁶⁹.

6.1. Due direttrici: una vecchia, una nuova.

Nell'ordinamento sopranazionale si enuclea una funzione, la regolazione, che è lo strumento giuridico per attuare una politica europea, l'apertura di un mercato, per molti decenni chiuso, e il contemporaneo mantenimento di standard d'universale fruibilità dei servizi⁷⁰. Tale funzione è affidata alla concreta attuazione delle autorità nazionali di settore. Sembrerebbe, in questi termini, che non ci si allontani dallo schema dell'esecuzione indiretta delle decisioni europee⁷¹, riproposizione su altra scala e con altre coloriture specifiche del paradigma costruito dalla scienza giuridica italiana dell'amministrazione indiretta⁷². In realtà, è proprio l'influenza sopranazionale sul procedimento a portarci oltre questo approdo concettuale ed organizzativo.

⁶⁷ Campeggia questa caratteristica in tutta l'acuta riflessione di T. PADOA SCHIOPPA, *Europa, forza gentile*, Bologna, 2001, *passim*.

⁶⁸ Questo aspetto è messo in luce da G. DELLA CANANEA (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2006, 181 ss.

⁶⁹ Che l'ordinamento sovranazionale persegua i propri scopi sovente misurando la forza e giocando d'astuzia è ben colto da S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, in F. BIGNAMI, S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, cit. ed anche L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006, *passim*.

⁷⁰ Sul carattere innovativo della regolazione rispetto al novero delle tradizionali funzioni amministrative presenti nell'ordinamento italiano, si v. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, cit.

⁷¹ Su cui S. CASSESE, G. DELLA CANANEA, *L'esecuzione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1991, 901 ss.

⁷² Lo sostiene persuasivamente F. MERUSI, *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in ID., *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, 161 ss. Il concetto di amministrazione indiretta, usato per spiegare l'interazione tra amministrazione centrale e locale dello Stato, fu formalizzato da S. ROMANO, *Decentramento amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, 1897, IV, ora in *Scritti minori*, II, Milano, 1951, 11 ss.

Dall'analisi delle disposizioni comunitarie si evince una sostanziale dicotomia. Vi sono norme europee che conformano procedimenti amministrativi nazionali. E vi sono disposizioni in forza delle quali alcuni procedimenti nazionali di regolazione si collegano ad attività di cui sono responsabili organi pubblici posti fuori dallo Stato membro.

Nel primo caso, la disciplina nazionale del procedimento è informata su quella sopranazionale. Si ricade nel paradigma, più risalente ed evoluto, dell'«integrazione normativa europea»⁷³. Avendo l'ordinamento europeo capacità nomopoietiche ben può porre disposizioni sul procedimento delle autorità amministrative nazionali. Non è necessario che esse lo influenzino rispetto a principi generali che vanno osservati sempre e comunque. È possibile che tali disposizioni impingano nei diritti amministrativi speciali cioè abbiano un respiro parziale. Difatti, in assenza di una codificazione europea del procedimento⁷⁴, l'influenza dell'ordinamento sopranazionale sui principi generali del procedimento si esplica principalmente attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia. Si pensi alla penetrazione negli ordinamenti nazionali del principio di proporzionalità appunto veicolato dal giudice sovranazionale⁷⁵.

Nel secondo caso, il procedimento è piegato dall'esigenza che i regolatori nazionali collaborino con la Commissione, col Berc e con le autorità di settore degli altri Stati membri. Qui, diversamente da prima, si realizza un'immediata «integrazione amministrativa». È l'attribuzione alla Commissione e al Berc di compiti incidenti nell'esecuzione della regolazione che rompe il modello dell'esecuzione indiretta e pone la necessità di connettere i differenti organi (con)titolari della funzione. La direzione nella quale va questa disciplina è la creazione di un'amministrazione europea comune rispetto alla quale conta meno l'incardinamento strutturale (statale o europeo) e più la funzione rispetto alla quale tali amministrazioni sono «complemento agente»⁷⁶.

⁷³ Distingue tra integrazione normativa e integrazione amministrativa S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, cit., 185 ss. evidenziando come le due linee di sviluppo abbiano seguito schemi normativi e applicativi molto diversi.

⁷⁴ Si tratta di una questione che ritorna nel dibattito europeo. G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione Europea*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, I, cit., 529 ss., inquadra esaurientemente le tesi della prima volta che si contrapposero fautori della codificazione del procedimento europeo e i suoi oppositori. Fra i contributi più recenti, B.G. MATTARELLA, *The concrete options for a law on administrative procedure bearing on direct Eu administration?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2012, 537 ss.

⁷⁵ Sull'argomento si rinvia a A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998 e a D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

⁷⁶ Su queste conclusioni sia consentito all'Autore rinviare ai maggiori svolgimenti in precedenti indagini: *I procedimenti comunitario composti: il caso delle telecomunicazioni*, in *Riv. trim. dir.*

È questa la direttrice di sviluppo più nuova la cui portata merita di essere attentamente vagliata⁷⁷.

6.2. *Duplicità strutturale, convergenza funzionale.*

È possibile un'altra puntualizzazione. Il caso delle comunicazioni elettroniche mostra come vi sia una duplice "struttura" o "matrice" del procedimento conformato dal diritto sopranazionale.

Per un verso, il procedimento è rimesso interamente nelle mani delle autorità degli Stati. Esso deve dirsi nazionale se si guarda all'attività e non alla fonte del diritto regolatrice. È tale, ad esempio, il controllo delle condizioni poste dall'autorizzazione generale, la concessione dei diritti per l'uso di radiofrequenze e numeri, la definizione di speciali obblighi di ubicazione o condivisione delle infrastrutture. Questi procedimenti, però, sono resi peculiari dal fatto che, se anche la loro dimensione strutturale è nazionale, non lo è la definizione della loro teleologia. La componente funzionale di tali procedimenti, infatti, è europea. In ciascuno degli esempi portati, il procedimento è specificamente disegnato su un'esigenza di grado superiore, è permeato da un meta-principio: tendere al migliore bilanciamento tra l'effettiva liberalizzazione del mercato con la salvaguardia di interessi generali che permangono nelle comunicazioni elettroniche rendendole un settore economico di speciale valenza. Se si vulnera lo schermo di questa definizione apparentemente ap problematica, si coglie un aspetto tutto affatto irenico. La disciplina europea è concepita per impedire che questi "interessi generali" siano enfatizzati retoricamente dalle autorità statali al solo scopo di favorire gli *incumbent* e frenare la transizione verso la concorrenza.

Qui affiora un elemento più d'ordine psicologico che assiologico: una sorta di scetticismo nei confronti delle amministrazioni nazionali alle quali si chiede di attuare la regolazione. Le Anr quando dovranno adottare decisioni puntuali e concrete si dimostreranno deboli e incerte nel propugnare l'introduzione di un assetto concorrenziale che rompa il precedente ordinato al monopolio? Per evitare o almeno attenuare questo pericolo si tracciano procedure che riducono la latitudine della discrezionalità di cui godono queste autorità. Sicché l'accesso al mercato diviene un diritto soggettivo condizionale posseduto da tutti i privati, sottoposto a una procedura di semplice denuncia d'inizio attività. Limiti allo sfruttamento di risorse essenziali possono essere previsti, quando esse sono naturalmente

pubbl., 2005, 389 ss. e *Le amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, cit.

⁷⁷ In tal senso, M.P. CHITI, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, in ID., G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, I, cit., 461 ss.

scarse. Però l'affidamento dei diritti per il loro sfruttamento deve seguire il criterio della gara che è l'antitesi dell'attribuzione diretta discrezionale. E si potrebbe continuare nelle esemplificazioni.

Che il diritto amministrativo serva a limitare il potere è un'acquisizione ampiamente consolidata⁷⁸. Il diritto europeo qui opera una variazione importante di questo tema classico per il diritto amministrativo. Innalza un limite al potere regolatorio. Con ciò protegge in modo immediato le pretese dei privati che sono posti al riparo da decisioni arbitrarie, discriminatorie o da procedure defatiganti e sproporzionate. Ma per il tramite dei privati il diritto europeo tutela una sua "ragione statutaria". Creare un mercato interno del settore informato alla maggiore competitività possibile⁷⁹.

Per un altro verso, il procedimento assume una struttura composta⁸⁰. Fasi nazionali si legano a fasi sovranazionali. Ciò involge che l'attività regolatoria non assuma una connotazione esclusivamente nazionale, ma si espliciti in uno spazio giuridico nel quale le barriere statali sono abbattute. Non diversamente da prima, si pone in rilievo l'esigenza di contenere la discrezionalità delle autorità statali nel momento della esecuzione. Servono complessi procedimenti composti perché la regolazione del mercato si fonda su concetti giuridici indeterminati come "significativo potere di mercato", "dominanza", "mercato rilevante", "adeguato rimedio" affinché il mercato sia concorrenziale, ecc.⁸¹ Allora, tutte le volte che un'autorità nazionale deve porre uno o più di questi concetti alla base di un suo provvedimento la disciplina comunitaria prevede un momento sovranazionale della procedura che permetta di verificare se si sta osservando la *policy* comune e, se del caso, di impedire che la deviazione di un regolatore statale possa violare il principio di non discriminazione, limitando il funzionamento del mercato interno.

⁷⁸ Sulla penetrazione sul piano globale di questa dimensione giuridica, si v. S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009, *passim*; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, cit., *passim*.

⁷⁹ Per S. CASSESE, *Lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 3 ss.; ID., *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 769 ss.; ID., *La costituzione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 1991, 494, «sia la Commissione, sia i privati divengono garanti del rispetto delle norme comunitarie. Viene a stabilirsi un rapporto Corte-cittadino-amministrazione nazionale-amministrazione comunitaria, in luogo del più semplice che, nel diritto interno, contrappone il cittadino all'amministrazione».

⁸⁰ Così G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, in F. BIGNAMI, S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, cit., 307 ss.

⁸¹ Su tale aspetto, si v. M. LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale dir. amm.*, 2005, 195 ss.; F. DI PORTO, *La regolazione «geneticamente modificata»: c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2006, 947 ss.

Dunque, l'influenza sovranazionale sul procedimento, pur dando luogo a due differenti figure sotto il profilo strutturale, sotto quello funzionale (o teleologico) pare ricongiungersi nella comune finalità di impedire che nel momento dell'attuazione vi sia la negazione degli obiettivi comuni posti alla base della *policy* europea sulle comunicazioni elettroniche⁸².

6.3. Rafforzamento della "rule of law", creazione di una "governance composita".

L'influenza europea del primo tipo sul procedimento determina l'enucleazione e la protezione dei diritti di imprese e utenti. Lo testimonia appieno la circostanza che nei procedimenti nazionali conformati dal diritto europeo sia posta particolare enfasi sulla proporzionalità, sulla trasparenza, sulla non discriminarietà del potere amministrativo. La disciplina sovranazionale conferisce alle Anr alcuni poteri ma ne delimita anche *per principia* l'ambito nel quale essi sono esercitati in modo legittimo. Come già accennato, in questa circostanza il diritto europeo sembra "agnostico" circa le garanzie eventualmente già presenti negli ordinamenti amministrativi degli Stati. Vuoi che manchino, vuoi che invece siano presenti, tali garanzie e limiti sono in ogni caso riaffermati dovendo costituire un punto di irrinunciabile convergenza tra i vari regimi nazionali⁸³.

L'influenza europea sul procedimento del secondo tipo serve invece a creare una *governance* composta della regolazione. Qui ci si preoccupa più delle istituzioni pubbliche che dei privati. E per aspetti non irrilevanti questa disciplina è in contraddizione con alcuni principi che stanno radicandosi negli ordinamenti amministrativi nazionali come la sussidiarietà verticale e la semplificazione burocratica. Le procedure *ex art. 7* della direttiva quadro sono ordinate alla complessità procedurale e certo non valorizzano l'autonomia decisionale del livello di governo più prossimo ai destinatari della funzione (che ovviamente è quello nazionale).

In altri termini, nella disciplina europea delle comunicazioni elettroniche troviamo norme sul procedimento, per un verso, che volgono a forgiare garanzie per i privati delimitando l'area di potere pubblico di regolazione (*due process*); per l'altro, che creano un sistema di governo composto dal quale deve scaturire l'adattamento della *policy* regolatoria all'evoluzione delle esigenze dei mercati (coordinamento).

⁸² Già J.H.H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985, 217 ss., indica nel momento dell'attuazione la fase più delicata e complessa per l'effettivo successo dell'integrazione europea.

⁸³ In argomento, G. FALCON, *Tendenze del diritto amministrativo e dei diritti amministrativi nell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005.

Sotto il primo versante, l'innovazione maggiore rispetto all'ordinamento italiano si ha rispetto alla partecipazione⁸⁴. Tutti i procedimenti rilevanti vanno preceduti da una fase di consultazione pubblica che prende le mosse dall'anticipazione dei contenuti di massima della misura decisa dal regolatore. È una sorta di *notice and comment* assolutamente nuovo in Italia, dove la legge generale sul procedimento prefigura forme di partecipazione notevolmente più ridotte e involute. In questi termini, l'influenza comunitaria fa virare il procedimento nelle comunicazioni elettroniche vigorosamente verso il modello nordamericano dell'*interest representation model*⁸⁵.

Nell'ordinamento europeo, oltre alla diversificazione negli interessi dei privati ai quali è dato modo di esprimersi grazie alla procedura di consultazione pubblica (art. 6, direttiva quadro), vi è una pluralità di "interessi pubblici". In realtà, sarebbe più corretto dire che può esistere un'ampia declinazione della concreta definizione della regolazione del settore. Tra le varie autorità nazionali e tra queste e la Commissione vi potrebbero essere diversità anche consistenti circa la circostanza di rendere la regolazione più o meno asimmetrica, se essa debba progressivamente attenuarsi sino a tendere alla *self regulation*, se, infine, essa debba finalisticamente mescolare le esigenze della concorrenza con la promozione degli investimenti per infrastrutture e tecnologie innovative⁸⁶.

Quest'altro genere di pluralizzazione è un portato del carattere composto dell'ordinamento europeo⁸⁷, il quale, infatti, sovente finisce per divenire il contenitore di un'ampia matrice di interessi privati e pubblici. E di tale congerie deve trovare una complicata sintesi. Ecco allora le procedure che in questo saggio sono state definite di coordinamento fanno sì che con riferimento ai provvedimenti di esecuzione (nazionale) di maggiore rilievo l'autorità procedente acquisisca la posizione delle altre autorità di regolazione⁸⁸. Chi procede deve tenere il massimo

⁸⁴ Su questo, rispetto all'ordinamento italiano, per tutti, si v. G. DELLA CANANEA, *Il diritto di essere sentiti e la partecipazione*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, 101 ss.

⁸⁵ R.B. STEWART, *Administrative Law in the Twenty-first Century*, in *N.Y.U. Law Rev.*, 2003 (78), 437 ss.

⁸⁶ F. BASSAN, *Diritto delle comunicazioni elettroniche: telecomunicazioni e televisione dopo la riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010; L. DE PAZ, *What to Keep and What to Change in European electronic communications policy?*, cit.

⁸⁷ G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁸⁸ In letteratura c'è chi pone in rilievo la dimensione collaborativa su quella dell'effetto di coordinamento, B. CAROTTI, *La collaborazione tra autorità europee delle telecomunicazioni*, Londra, 2011. In questo approccio si confonde la forma dell'interazione, collaborativa, con la sua funzione che è invece il dare unità al momento dell'attuazione facendo se del caso prevalere le indicazioni che provengono dal piano sopranazionale su quello statale. La collaborazione si realizza tra sog-

conto delle osservazioni pervenute sulla bozza di misura. Usando categorie concettuali della scienza italiana del diritto amministrativo, si potrebbe dire che gli interessi che sono riflessi in tali osservazioni devono essere ponderati insieme agli altri interessi acquisiti nella consultazione pubblica (attraverso la quale sono assunti gli interessi degli attori presenti sul mercato) nel momento della decisione⁸⁹.

Queste procedure di coordinamento danno alla Commissione il ruolo di “pivot” del sistema, conferendole una «supremazia funzionale» sugli altri regolatori. Alla Commissione, infatti, è riconosciuto un potere di veto nei confronti della bozza di misura nazionale che appaia contraria al diritto europeo e che sia idonea a restringere gli scambi nel mercato interno⁹⁰.

È importante notare come nel passaggio dalle direttive di seconda a quelle di terza generazione questo potere di veto sia stato enormemente accresciuto. Se nelle direttive del 2002 esso poteva essere indirizzato solo avverso alle misure nazionali di individuazione dei mercati rilevanti e di identificazione in essi delle imprese Smp, adesso, a seguito della revisione del 2009, il veto può essere posto su ogni decisione concernente i *remedies* compreso quello atipico dalla separazione funzionale della rete.

6.4. *Le luci sul “due process”, ombre sul coordinamento.*

Il diritto europeo, quando influisce sul procedimento per ampliare le difese dei privati da un’ingerenza pubblica eccessiva o discriminatoria, raggiunge risultati ragguardevoli. L’acquisizione del titolo legale per l’accesso al mercato ovvero l’abilitazione non rappresenta più un ostacolo alla concorrenza. Sono lontani i casi in cui l’autorità concedente discriminava tra le imprese in ordine ai diritti amministrativi richiesti. E comunque quando lo ha fatto il giudice sovranazionale è intervenuto per sanzionare l’illegittimità dei questi comportamenti⁹¹. L’assegnazione delle risorse scarse effettivamente è stata assoggettata a una modalità concorsuale che ha impedito di dare vantaggi agli *incumbent*. Su questo versante ri-

getti equiordinati mentre tra Commissione e ora anche Berec e Anr vi è una supremazia funzionale delle prime sulle seconde.

⁸⁹ Su questo, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, ora in *Scritti. Volume primo*, Milano, 2000; ID., *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, 97 ss. Sul fondamentale apporto gianniniano al tema e su come esso abbia influito sulla scienza giuridica, si v. F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss.

⁹⁰ Sul punto, S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, cit.

⁹¹ C. Giust. Ce, sent. *Albacom s.p.a. e Infostrada*, in cause 292/01 e 293/01; sent. *Arcor*, in cause 392/04 e 422/04.

mane un grande limite legato al fatto che la programmazione dello sfruttamento delle frequenze è nazionale così come nazionali sono i diritti concessi. Gli esperti del settore dicono che per il rafforzamento del mercato interno sarebbe meglio una programmazione europea e diritti di sfruttamento che avessero dimensione *cross-border*⁹². Ma si tratta di un difetto di impostazione generale della disciplina e non di una carenza del procedimento europeo.

Più controversa è la concreta portata della procedura di consultazione pubblica imposta dal diritto europeo. Di essa si è notata la portata concettuale. Induce, sebbene sezionalmente, ad accantonare il dogma dell'amministrazione indiretta delle decisioni europee. Fa profilare l'affermazione di un modello amministrativo composito in cui concorrono apparati nazionali ed europei nella cura di funzioni di cui sono con-titolari.

Passando dalla portata teorica alla dimensione pragmatica il giudizio da dare ai procedimenti di coordinamento o infrastrutturali diviene decisamente negativo⁹³. Essi elevano la complessità burocratica senza dare l'impressione di raggiungere lo scopo prefigurato: la definizione comune della *policy* regolatoria e la verifica che tutte le autorità la osservano nel momento dell'attuazione⁹⁴. La lunghezza delle sequenze e la necessità che si raggiungano defatiganti compromessi tra le Anr, la Commissione e il Berc lasciano molte perplessità. Senza considerare che si crea un'asimmetria tra i limiti posti alle Anr e alla Commissione allorquando si debbano prendere decisioni rilevanti. Tutti i provvedimenti di questo tipo presi dalle Anr devono passare attraverso una fase di consultazione pubblica. L'esercizio del potere di veto della Commissione, anch'esso indubitabilmente rilevante, non è soggetto allo stesso vincolo. Eppure i privati potrebbero avere interesse a spingere l'azione della Commissione in una direzione o in un'altra.

Icasticamente potrebbe dirsi che il diritto europeo è efficace quando serve le ragioni del *due process* e plasma in senso liberale il procedimento amministrativo. Invece, quando attraverso i procedimenti di valenza infrastrutturale⁹⁵ tenta di creare sistemi di *governance* composti, incontra le difficoltà nelle quali tipica-

⁹² M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato interno*, cit.

⁹³ I primi dubbi sulla idoneità di tali procedure a superare il vaglio della effettiva funzionalità burocratica sono in G. DELLA CANANEA, *I problemi istituzionali nel nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, in Id. (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2005, 13 ss.

⁹⁴ L. DE PAZ, *What to Keep and What to Change in European electronic communications policy?*, cit., 1953, rileva come vi sia attualmente una significativa differenza di prezzo in mercati sia *retail* sia *wholesale* derivante dal perdurare di significative differenze di approccio regolatorio seguito dalle varie Autorità nazionali di regolazione.

⁹⁵ L'espressione si usa nel senso suggerito da F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993. Sullo stesso ordine di problemi, si v. F.G. SCOCA, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento am-*

mente ci si è imbattuti in questi casi nelle esperienze nazionali. Da esse il legislatore europeo dovrebbe trarre insegnamento. Allusione è ai deficit di funzionalità registrati in sistemi dai tratti per certi versi analoghi come il sistema sanitario nazionale o quello di istruzione italiani, ambedue ordinati allo schema delle “amministrazioni composte”⁹⁶.

Già le procedure di coordinamento delineate nelle direttive del 2002 avrebbero dovuto portare all’effettiva realizzazione del mercato interno delle comunicazioni elettroniche. E invece la creazione di un mercato pan-europeo o, meno ambiziosamente, di alcuni mercati transnazionali non si è ancora avuta. Anzi, è rimasta invariata la forte segmentazione nazionale. Parimenti forti differenze tra Stato e Stato sono rimaste anche rispetto al grado di apertura del mercato alla concorrenza. Si pensi all’aspetto cruciale della regolazione dell’accesso e dell’interconnessione alle reti. Il Regno Unito anticipa la disciplina europea sulla separazione funzionale della rete di accesso metallica. In questo paese, l’*incumbent* verticalmente integrato ha accettato regole organizzative e procedurali volte a “neutralizzare” la gestione della rete di accesso in cambio di una massiccia riduzione dei vincoli di regolazione nei mercati *retail*. Si potrebbe pensare che il mercato inglese a differenza degli altri presentava problemi di competitività più incisivi per questo si è scelta una soluzione regolatoria diversa da quelle prospettate nelle direttive del 2002. Non è così, gli inglesi superano la regolazione asimmetrica dell’accesso e dell’interconnessione non vedendo in essa un’efficacia proporzionata agli obiettivi cui si dirige. Lo fa prima degli altri Stati membri indicando la strada da percorrere anche all’ordinamento comunitario che toglie dai mercati rilevanti quelli *retail* e aggiunge fra i *remedies* la separazione funzionale della rete di accesso⁹⁷.

Il legislatore comunitario, nel momento della terza revisione del quadro normativo, di fronte alla questione per la quale un mercato integrato non può aversi senza una autorità di regolazione unitaria che sia in grado di livellare il piano di gioco ha scelto un compromesso al ribasso. Tra i due contendenti che aspiravano ad assurgere a questa posizione, la Commissione europea e le Anr federate sul piano sovranazionale secondo il paradigma rappresentato dalla Banca centrale europea per le Banche centrali⁹⁸, ha finito con l’accontentarsi di una soluzione intermedia poco ficcante. Come detto, le decisioni sui *remedies* sono state in-

ministrativo, in AA. Vv., *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 1999, 1269 ss.

⁹⁶ Su questa nozione, si rinvia a S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., 223.

⁹⁷ In argomento, B. BRANCOLI, *Accesso alla rete, regolazione e concorrenza fra Stati Uniti, Ue e Italia*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 781 ss.

⁹⁸ Su un processo analogo nel settore dell’energia, si v. G. DELLA CANANEA, *L’organizzazione comune dei regolatori per l’energia elettrica e in gas*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2004, 84 ss.

cluse tra quelle da prendersi seguendo le procedure di coordinamento che danno alla Commissione un potere di veto. L'Erg è stato sostanzialmente trasformato in un'autorità composita, il Berec, con la quale la Commissione è vincolata a concertare ogni sua scelta, veto *in primis*. Il legame tra le Anr, la Commissione e il Berec si realizza attraverso la composizione procedimentale che però non aveva dato risultati apprezzabili nel regime del 2002.

Il deficit di capacità di governo del settore è emerso in modo palese allorché si è imposta nell'agenda la questione della sostituzione della rete metallica con la rete in fibra ottica (le NGN). L'ordinamento europeo impigliato nella lunga transizione tra le direttive di secondo e di terza generazione in sostanza non ha dato orientamenti precisi agli Stati membri. Sul piano europeo la questione è rimasta confinata all'asfittico ambito degli aiuti di Stato ammissibili o si è blandamente indicata l'estensione del regime dell'accesso alle NGN⁹⁹. Così però si è lasciato agli ordinamenti nazionali decidere un punto decisivo: come e in che tempi passare dal *ladder of investment* (nelle e con le reti metalliche) a un'altra organizzazione del mercato, basata sulle reti di nuova generazione che consenta la competizione tra una pluralità di imprese, dopo che si siano create le condizioni per rendere gli investimenti in NGN appetibili per gli operatori privati.

Non può considerarsi casuale che nello scenario europeo l'avvento delle reti super veloci e capaci pare in forte ritardo rispetto ad altre esperienze, specie nell'Asia e nell'Oceania. La circostanza che la realizzazione di queste nuove infrastrutture abbia in sé e per riflesso notevoli effetti anticiclici lascia ancor più perplessi alla luce della profonda crisi di crescita economica che attanaglia buona parte del continente.

Senza condiscendenze nei confronti dell'Europa, ci si dovrebbe chiedere che tipo di integrazione del mercato può effettivamente aversi attraverso un regime regolatorio che faccia leva su numerosi e complessi procedimenti composti¹⁰⁰. Forse un tale regime dà l'illusione che vi sia un'organizzazione comune, quando invece la coesione tra i regolatori nazionali e i mercati cui sono preposti continua ad essere assai modesta a dispetto degli obiettivi ribaditi nei *consideranda* delle nuove direttive.

Bisognerebbe trarre spunto dagli insegnamenti che vengono da altri settori dell'ordinamento europeo come la tutela della concorrenza o la moneta. In entrambi, vi è una fortissima europeizzazione dei sistemi di *execution*. E in nes-

⁹⁹ Commission Recommendation of 20 Sept. 2010 on regulated access to Next Generation Access Network (2010/572/Eu).

¹⁰⁰ La questione è lucidamente esaminata in G. NAPOLITANO, *La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 394 ss.

suno dei due troviamo veri e propri procedimenti composti. In entrambi domina una forma d'integrazione amministrativa che può dirsi "disgiuntiva". Quando un'autorità nazionale agisce per attuare la funzione comune, lo fa interponendosi all'apparato sovranazionale che in astratto potrebbe intervenire direttamente. Tale apparato, a seconda dei casi la Commissione o la Bce, ha una supremazia funzionale ben più incisiva di quella presente nelle comunicazioni elettroniche. Essa si estrinseca in un vero e proprio potere di avocazione (e non di interdizione) nei confronti delle autorità nazionali che operano in funzione sovranazionale¹⁰¹.

7. Conclusioni.

L'ordinamento europeo ridisegna il regime giuridico delle comunicazioni elettroniche. Nel farlo persegue due obiettivi di caratura maggiore: liberalizzare il mercato salvaguardando gli interessi collettivi immanenti nel settore. Questi risultati sono conseguibili attraverso una regolazione del settore che sia capace di promuovere la concorrenza e, nel contempo, di assicurare la tutela delle esigenze universali degli utenti.

Le direttive riviste nel 2009 tracciano i grandi contorni della regolazione che è affidata all'esecuzione delle autorità nazionali. Al fine di garantire una certa unità (uniformità funzionale) della regolazione e per impedire che nel momento dell'attuazione vi sia uno scostamento dagli obiettivi comuni fissati sul piano sopranazionale, il diritto comunitario incide profondamente anche sulle forme di esercizio dei poteri regolatori. Ciò in altri termini e con maggiore sintesi vuol dire che tale diritto influenza il regime dei procedimenti presenti in questo ambito dell'ordinamento.

Tale influenza segue due direttrici.

La prima è quella per la quale si ha una disciplina sopranazionale di procedimenti nazionali. La seconda consiste nel collegare i procedimenti che iniziano negli Stati a fasi procedurali sovranazionali-comuni.

Nel primo frangente il diritto europeo, consapevole delle differenze presenti tra gli ordinamenti interni, pone alcune regole su cui chiede che vi sia una convergenza su scala europea. Si pensi alla consultazione pubblica che deve precedere l'adozione di tutti i provvedimenti rilevanti nei mercati o alla semplificazione che deve connotare le procedure abilitative oppure ancora alla concorsualità che deve aversi nell'allocazione delle risorse scarse. Il diritto interno non è soppiantato completamente e sostituito da quello europeo. Anzi si dà per assunto che vi

¹⁰¹ Su questo, da ultimo, si v. B. BRANCOLI, *I regolatori nazionali delle comunicazioni elettroniche: finalmente agenti comunitari?*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 589 ss.

sia una regolazione nazionale del procedimento amministrativo. Ciò permette di intervenire solamente sugli aspetti per i quali la convergenza tra i sistemi nazionali si considera indispensabile. Lì il diritto interno cede a quello sovranazionale.

Nel secondo, con riferimento a provvedimenti che condizionano la concreta *policy* regolatoria, si prevede che si debba realizzare un coordinamento tra l'Autorità nazionale procedente, la Commissione europea e il Berec in tutti quei casi in si debba decidere una misura rilevante.

Quando il diritto europeo plasma il procedimento nazionale affinché il diritto d'impresa sia protetto più intensamente si assiste ad un'effettiva elevazione delle garanzie (meno oneri amministrativi, esercizio del potere in forme non discriminatorie, ampliamento delle pretese partecipative). Quando, invece, attraverso procedimenti composti l'ordinamento europeo intende creare una *governance* plurale e composta della regolazione, i risultati raggiunti sono assai meno convincenti. Vi è un innalzamento della complessità procedurale a cui non corrisponde il raggiungimento degli scopi per i quali questa è progettata (e tollerata).

Le procedure che producono l'effetto del coordinamento non hanno posto la Commissione in una posizione di reale guida (funzionale) del settore, come avviene ad esempio nella tutela della concorrenza. Le direttive di terza generazione cristallizzano questo assetto. In esse si è abbracciata la soluzione di una sorta di tricefalia del sistema: Anr-Commissione-Berec tra cui le scelte devono essere concertate attraverso moduli procedurali composti. Da tali procedure ci si attende l'integrazione dei mercati nazionali di modo che si giunga ad avere un mercato unico del settore. Il dato di realtà riferito però all'applicazione delle direttive di seconda generazione, nelle quali i procedimenti composti iniziano a essere impiegati a fini di coordinamento, mostra come i mercati siano ancora segmentati in linee nazionali e che nemmeno alcuni mercati transnazionali si sono ancora formati¹⁰².

Per concludere può dirsi che il diritto europeo dei procedimenti nelle comunicazioni elettroniche è virtuoso quando protegge le prerogative dei privati dai pubblici poteri nazionali. Abbiamo un nuovo esempio dell'astuzia europea che

¹⁰² L. DE PAZ, *What to Keep and What to Change in European electronic communications policy?*, cit., osserva come nonostante l'ordinamento europeo abbia avuto il merito di abbattere diritti speciali e esclusivi creando le condizioni di libertà di accesso e di concorrenza, «however, despite this, a single European market for electronic communications is still hard to find. As the European Commission states, services are usually provided in the 27 single markets. The main infrastructures and services are shaped on a national basis. Cross-border networks and services exist to very limited extent, focusing on wholesale services, the non-residential sector and market niches». Su questo, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and Committee of the Regions, *Progress report on the single European electronic communication market 2009* (15th report), COM(2010)253 final, 2 and 13.

la porta ad allearsi con i privati contro le amministrazioni degli Stati che in questo frangente potrebbero mostrarsi restie alla trasformazione in senso concorrenziale del mercato.

Diverso è il caso di quei procedimenti composti che volgono a realizzare scopi organizzativi in forma dinamica. Essi peccano d'efficacia e, paradossalmente, conferiscono opacità a parte rilevante dell'attività di regolazione. Gli attori dei procedimenti composti sono solamente amministrazioni nazionali e sovranazionali. Tali procedimenti non si aprono alla partecipazione dei privati non permettendo di realizzare una *accountability* dal basso.

Tutele e coordinamento nei procedimenti amministrativi europei delle comunicazioni elettroniche - *Protection and coordination in European administrative procedures regarding electronic communications*

La regolazione enucleata dalla disciplina europea delle comunicazioni elettroniche crea una forte convergenza tra gli ordinamenti amministrativi nazionali in quest'ambito. L'armonizzazione segue due direttrici: l'accesso al mercato e i vincoli condizionali; i condizionamenti all'autonomia privata. L'esigenza di procedere nell'analisi lungo questa distinzione serve a sottoporre a verifica un'ipotesi di lavoro. Le regole dell'accesso al mercato ampliano le prerogative dei privati ponendo un freno al condizionamento dei poteri pubblici. La transizione alla concorrenza invece richiede di essere promossa dalle autorità di regolazione nazionali. L'azione di tali autorità va coordinata per non avere una "babele regolatoria" che infici l'integrazione effettiva del mercato europeo delle comunicazioni. In entrambi i casi, ci troviamo innanzi a regole europee sul procedimento eseguito da amministrazioni incardinate negli Stati che curano però una funzione di matrice sovranazionale. Le prime sono espressione del principio di libertà dei privati ben radicato nell'ordinamento europeo. Le seconde regole, invece, volgono a creare un coordinamento dell'ingerenza pubblica affinché sia unitaria e *market oriented*. L'osservazione cui si perviene è la seguente: quando l'Ue plasma il procedimento nazionale affinché il diritto d'impresa sia meglio protetto, si assiste ad un'effettiva elevazione delle garanzie (meno oneri amministrativi, esercizio del potere in forme non discriminatorie, ampliamento delle pretese

The rules imposed by European regulations on electronic communications have created a strong alignment of national administrative systems in this field. The harmonisation process follows two directions: access to the market and conditional constraints; restrictions of private autonomy. The need to carry out an analysis according to this distinction serves to test a working hypothesis. The rules for access to the market extend the prerogatives of the private individual, putting a brake on the conditioning of public powers. The transition to competition, on the other hand, needs to be promoted by national regulatory authorities. The action of such authorities should be coordinated so as to avoid a 'regulatory Tower of Babel' which would undermine the effective integration of the European communications market. In both cases, we find European rules affecting the procedure adopted by administrations established in the individual States that function at supranational level. The first are an expression of the principle of the freedom of individuals, well-rooted in European legal frameworks. The second rules, on the other hand, are aimed at creating a coordination of public action so that it is uniform and market-oriented. The conclusion reached is the following: when the EU shapes national procedures so that the rights of the enterprise are better protected, there is an effective increase of guarantees (fewer administrative obligations, the exercise of power in non-discriminatory forms, an exten-

partecipative); per converso, quando attraverso i procedimenti composti l'ordinamento sovranazionale insegue una *governance* plurale e composta della regolazione, i risultati sono assai meno convincenti. Vi è un innalzamento della complessità procedurale cui non corrisponde il pieno raggiungimento degli scopi per i quali essa è progettata (e tollerata).

sion of participatory claims); conversely when the supranational legal framework seeks a plural and composite governance of regulation through composite procedures, the results are rather less convincing. There is an increase in procedural complexity which does not correspond to the full achievement of the objectives for which it was designed (and tolerated).